

REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO: HEBERT HART

Quetziquel Flores Villicaña

**Profesora Investigadora de la Universidad Autónoma Metropolitana -
Azcapotzalco - Departamento de Derecho**

Contenido

Introducción	2
El Concepto de Derecho	4
La Moral en Hart.....	8
El contenido mínimo del derecho natural	13
Bibliografía	23

Introducción

Hablar de filosofía del derecho y crear una inquietud es la pretensión de este texto, tratar de situarnos en la posibilidad de profundizar en el pensamiento jurídico, para ello proponemos la obra de Hart que nos permite establecer las causas, motivos de naturaleza política, moral e histórica que nos aproximen a la comprensión del concepto del derecho.

Hebert Lionel Adolphus Hart es catalogado como “el autor más importante del siglo XX en la filosofía jurídica de habla inglesa, y sin duda, un hombre que transforma la forma de pensar sobre el derecho en todo el mundo a finales de este siglo”¹, sin tener la posibilidad de aseverar esta afirmación, si podemos decir que se encuentra dentro de los principales filósofos del siglo XX y que hasta la fecha la corriente jus- filosófica de Hart permea nuestra practica cotidiana.

Hart se graduó en 1929 de New Collage en Oxford University. En 1932 se recibió como abogado y durante los siguientes 8 años se dedico a la práctica de la abogacía. Al término de la segunda guerra mundial Hart decidió abandonar la práctica profesional y dedicarse a la academia en New College como Fellow y tutor en filosofía y es designado en 1952 como profesor de jurisprudencia. El 30 de mayo de 1953 en su lección inaugural revisa las viejas controversias sobre la naturaleza de los conceptos jurídicos bajo la perspectiva de la

¹ H.L.A. Hart, Post Scriptum al Concepto de Derecho. Tr. Rolando Tamayo y Salmorán. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 2000 p. XII

filosofía del lenguaje contemporáneo y sostiene que los juristas antes de construir teorías debían analizar el lenguaje jurídico que se usa en la práctica del derecho e insiste en el punto de partida del estudio del derecho y del análisis cuidadoso del lenguaje de los juristas².

“En 1961 aparece la obra más famosa de Hart *El concepto de Derecho* según Niel MacCornick esta obra puede considerarse, conjuntamente con la inestimable obra erudita y aguda de Hans Kelsen (1881-1973) como una de las grandes obras de la filosofía del siglo XX”³.

Hart abandona su cátedra de jurisprudencia en 1968 y funge como senior research fellow en la University College. Posteriormente en 1972 ocupa el puesto de Principal de Brasenose College, cargo que desempeña hasta retirarse en 1978. Desde entonces se dedicó a escribir e investigar⁴.

*Rosas Amandi, señala que el concepto de derecho en. Hart es de gran importancia para la filosófica contemporánea, constituye el punto de partida para el modelo de Dworkin. Esto se debe a que éste eligió la teoría de Hart como modelo para su crítica al positivismo jurídico.*⁵ Señala también que de acuerdo con Werner

² Ibid p.p. XII - XII

³ Ibid p. XIV

⁴ Ibid p. XVI

⁵ Citado Rosas Amandi, HABERMAS, J., Faktizität und Geltung, Suhrkamp, Frankfurt am

Ott la teoría del derecho de Hart contiene elementos psicológicos, sociológicos y analíticos. El aspecto central en la teoría de Hart consiste en la construcción de un sistema general y descriptivo con base en un análisis lógico-empírico de la estructura de los sistemas jurídicos nacionales.

El Concepto de Derecho

La definición de derecho elaborada por Hart adopta como punto medular el concepto de regla, que se subdivide en reglas primarias y reglas secundarias, la combinación de ambas reglas - las primarias y secundarias- constituye la base del concepto de derecho⁶.

Hart establece que las normas primarias o de obligación son aquellas cuya función es prescribir “que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones lo quieran o no”. ⁷

La necesidad de dar cuenta de las diferentes funciones sociales que cumplen las reglas en un sistema jurídico conduce a la distinción entre reglas primarias y secundarias como elemento esencial a la hora de describir el derecho.

El elemento central es que los sistemas jurídicos reales incluyen normas que, por su contenido, origen o ámbito de aplicación, no pueden ser explicadas correctamente mediante el modelo de órdenes respaldadas por amenazas. Si tenemos en

Main, 1992, pp. 248 y 249.

⁶ H.L.A. Hart, *el Concepto del Derecho*, Tr Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Avelado Perrot, 1963 2ª ed, reimpresión 1978, Editora Nacional, México p. 101

⁷ Ibid p. 123

cuenta el contenido de las normas, veremos que en los sistemas jurídicos reales existen normas que otorgan potestades públicas o privadas, esto es que establecen la forma en que los particulares pueden generar nuevos derechos y obligaciones, o la manera en que los funcionarios pueden dictar o aplicar normas. Estas normas no pueden ser explicadas en el modelo simple sin asimilar nulidad con sanción o bien considerarlas fragmentos de normas genuinas. Ninguna de estas alternativas resulta aceptable, pues el resultado obtenido sería la deformación de las diferentes funciones sociales que cumplen los distintos tipos de reglas. Las objeciones que pueden plantearse si se consideran el origen y el ámbito de aplicación de las normas en los sistemas jurídicos reales, son dos: algunas normas se originan en la costumbre, no son creadas, y las normas jurídicas se aplican aun a las mismas autoridades que las emiten.

Para Hart, tampoco estas dos características pueden ser explicadas satisfactoriamente con el modelo simple de órdenes generales respaldadas por amenazas⁸.

2. Reglas Primarias y Secundarias

La regla de reconocimiento. La respuesta insatisfactoria que brinda el modelo simple a los problemas relativos a la existencia e

⁸ Idem.

identificación de un sistema jurídico, muestra la necesidad de una regla última para dar cuenta de los mismos. Esto lleva a la teoría de la *Regla de Reconocimiento*, la que posee las propiedades de ser una regla secundaria y la de poder ser vista tanto desde un punto de vista interno como externo.

Los rasgos característicos de estas reglas son:

- ✓ El sentir general de la comunidad favorece el cumplimiento de las normas, por lo que hay una seria presión social ejercida sobre la obligado para asegurar su conformidad con lo exigido;
- ✓ Los miembros de la comunidad albergan la existencia continuada del grupo o el aseguramiento de un valor esencial para su bienestar dependen de que las normas en cuestión sean obedecidas y el cumplimiento de estas reglas a menudo se contraponen a los intereses personales del obligado por lo que su obediencia representa un sacrificio, sin embargo Hart identifica la falta de certeza de las reglas primarias y el carácter estático de estas, eso se traduce que al no existir mecanismos aceptados de cambio las reglas permanecerán inmutables aún ante las circunstancias nuevas de la realidad convirtiendo al régimen en algo obsoleto e incongruente a la realidad. Obligando a los sujetos indefinidamente al cumplimiento de las obligaciones establecidas.

En *El concepto de Derecho*, Hart ofrece dos criterios para diferenciar las reglas primarias de las secundarias. El primero se refiere al tipo de conducta que regulan ambos tipos de normas; mientras las reglas primarias “[...] se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén

actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, a la creación o modificación de deberes u obligaciones”. El segundo criterio se refiere a la función social de cada clase de reglas; el objetivo de las reglas primarias es imponer deberes, el de las secundarias es conferir potestades.⁹

Hart, considera que cada clase de reglas secundarias cumple la función de resolver un problema que se presentaría en una sociedad con sólo normas primarias. Si sólo existen reglas que imponen deberes, las normas se vuelven estáticas, incapaces de adecuarse a las metamorfosis que puede estar sufriendo la sociedad. Las *reglas de cambio* solucionan esta dificultad al introducir un procedimiento que permite la transformación y extinción deliberada de las reglas primarias. En general, las normas constitucionales que regulan la modificación y creación de leyes son ejemplos de reglas secundarias de cambio.

En una sociedad con sólo reglas primarias, no existe un procedimiento que autorice a una persona, o a un grupo de personas, a decidir las diferentes disputas que se presentan sobre la aplicación de las normas. Las reglas de adjudicación solucionan este problema al permitir a los jueces definir si las normas han sido quebrantadas y al otorgarle a la policía la potestad de asegurar el cumplimiento de las reglas primarias. Finalmente, la creciente complejidad de la sociedad y la proliferación de normas que ella

⁹ Molina Ochoa, Andrés. El Papel de la Coerción en la Teoría de las reglas de Hart. Revista Ius et Praxis, Año 17, No 2, -Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales . Chile 2011, p. 308

genera hace necesaria la existencia de una regla que permita determinar cuáles reglas hacen parte del ordenamiento jurídico y cuáles no. Este problema, llamado por Hart *falta de certeza*, se resuelve mediante una *regla de reconocimiento* que especifica los procedimientos necesarios y suficientes para saber si una norma es o no parte del sistema.¹⁰

La ausencia de una opinión dotada de autoridad para determinar cuando una regla ha sido violada, así como la ausencia de un órgano que determine las violaciones a la norma e imponga sanciones provocara el caos en una sociedad.

Además de las normas primarias y secundarias hay dos elementos esenciales en un sistema jurídico:

- 1) El primero exige que el sistema jurídico sea obedecido de manera general por los destinatarios de la norma, esta obediencia responde a la convicción de la validez intrínseca de la norma o bien por el miedo a la sanción sufrida como consecuencia de la violación de la norma.
- 2) El segundo elemento es la obediencia de los funcionarios encargados de aplicar la norma.

La Moral en Hart

Hart distingue tres categorías de moral:

¹⁰ Idem.

- 3) La individual es aquella que gobierna la vida de un sujeto, porque el reconoce como válidas ciertas normas y busca adecuar su conducta a ellas sin que el mismo criterio sea compartido por la misma gente.
- 4) La moral ideal es una moral evolucionada, conformada por principios que representan el producto de un análisis intelectual racional. Esta moral se encuentra libre de prejuicios, miedos o errores que componen el sentido de la moral racional.
- 5) La moral social es un orden normativo compuesto por principios, reglas y criterios relativos al comportamiento humano que se encuentran ampliamente compartidos en una sociedad determinada y su contenido no es estático ya que esta es un reflejo de las necesidades cambiantes y específicas de una determinada sociedad. Así encontramos que el contenido de las normas morales pueden variar confrontándose a las exigencias particulares de cada comunidad, por lo que no cualquier contenido es adecuado. La flexibilidad de las normas morales encuentra su límite en el fin buscado por cada sociedad, es decir la conservación de la misma. Y para asegurar la permanencia del grupo hay ciertas normas que es necesario que todo sistema moral deba contener como el no uso de la violencia, la honestidad en el trato personal y la protección a la propiedad privada¹¹.

¹¹ Ibid pp. 213-216

La moral es importante en toda sociedad y la observancia de las normas morales es vital para la misma, así vemos que las normas morales son cumplidas independientemente del sacrificio del interés personal que dicho cumplimiento representa para el obligado, porque el respeto al orden moral se encuentra sustentado en una presión social y los miembros de la comunidad creen que la obediencia de las normas morales aseguran la permanencia del grupo.

El orden moral contiene la inmunidad al cambio, esto es que la creación, modificación o derogación de las normas morales no son consecuencia de la acción humana deliberada.

El tercer rasgo de la moral consiste en el carácter voluntario de las transgresiones a las normas morales, por lo que es importante determinar la intención del sujeto que ejecuto la acción ya que en el ámbito de la moral obrar sin intención exime al sujeto que realizó la violación de afrontar su responsabilidad sin sanciones morales.

Por último la característica de la moral consiste en la forma distintiva de presión que se ejerce para asegurar la observancia de las normas morales y que consiste en apelar a la conciencia del posible infractor ya que se confía en que las objeciones provocarán en él sentimiento de vergüenza o culpa, que será suficiente para disuadirlo de llevar a cabo la falta, un mecanismo interno.

Por su parte podemos ver que Hart le atribuye a la moral social factores externos, sin alusiones a condiciones internas que deban de satisfacerse para que una norma merezca el calificativo de moral.

La existencia de varios puntos de conexión entre el derecho y la moral, en Hart se ubican en su origen. De acuerdo a la hipotética evolución histórica planteada por Hart, en un primer momento existieron unidades pequeñas cuyos miembros estaban relacionados entre si por lazos familiares y de amistad, las actividades de esa comunidad se encontraban regidas por normas primarias de obligación cuyo cumplimiento garantizaba el bienestar de la comunidad y dada la importancia de la obediencia de las normas existía una presión social por cumplirlas, aún a costa del sacrificio que representaba para el obligado.

Ya en una sociedad primitiva evolucionada se hacen necesario la creación de reglas secundarias que complementan a las de obligación. Las reglas secundarias de reconocimiento identifican entre las normas primarias vigentes a aquellas que forman parte del sistema jurídico, excluyendo a algunas, esas últimas subsisten y mantienen las características de normas primarias y forman parte del sistema moral del grupo.

La obligación moral y la jurídica comparten varias características, ambas se refieren a circunstancias referentes, es decir, a hechos que se repiten constantemente en la vida del hombre y no a eventos aislados; las exigencias que hacen al obligado se refieren a conductas comunes cuyas ejecuciones no requieren de cualidades o conocimientos extraordinarios y la obediencia a ambas es considerada cosa corriente por la comunidad, así que cumplir con las obligaciones impuestas no se considera un hecho merecedor de recompensa.

Además de las características formales el derecho y la moral comparten una conexión de fondo que se refiere al contenido de sus respectivas normas. El derecho y la moral contienen normas similares que reflejan lo que Hart denomina un contenido mínimo del derecho natural. La inclusión de estas normas en ambos sistemas responden a su fin: asegurar la permanencia de la organización social y la convivencia de armoniosa entre sus miembros. Otro punto de conexión entre el derecho y la moral es la justicia, valor moral que sirve para formular críticas morales a las estructuras jurídicas. Así el análisis del concepto de justicia y de su influencia en el concepto de derecho representa una labor necesaria para esclarecer la relación entre derecho y moral.

Es la moral la que nos proporciona los criterios relevantes para determinar la igualdad, posibilitando la crítica de las normas jurídicas. Estas serán justas en la medida en que incorporen los criterios proporcionados por la moral, de tal forma que un sistema moral podría sostener un criterio de igualdad intrínseca de los seres humanos con independencia de su sexo, raza o creencia religiosa y el sistema jurídico de esa sociedad sólo será justo si sus normas contemplan ese principio de igualdad. Pero si el sistema moral avala criterios discriminatorios basados en diferencias raciales, religiosas, sexuales, etc., el sistema jurídico sólo será justo si sus normas reflejan esa distinción.

La conexión del derecho y la moral se pueden evidenciar en las siguientes características que se encuentran en el derecho natural y que Hart las denomina:

El contenido mínimo del derecho natural

La teoría del derecho natural plantea la existencia de un orden universal en el cual todas las cosas obedecen reglas preestablecidas, el fin de esas normas es que todos los entes alcancen su estado propio de perfección. El ser humano forma parte de este orden. Así cumpliendo las normas alcanzará su desarrollo físico y espiritual. En este esquema la supervivencia representa el nivel de perfección más elemental al que puede aspirar el hombre y es así que Hart lo considera el punto de partida suficiente para establecer ciertas características empíricas de naturaleza humana.

El fundamento de esta versión del derecho natural sería un hecho contingente que consiste en que la mayor parte de los hombres, la mayor parte del tiempo, desean seguir viviendo y sobre la base de ese deseo de supervivencia Hart coloca ciertas verdades obvias. Así los hechos que se mencionan suministran una razón para que dada la supervivencia como objetivo de el derecho y la moral deban incluir un contenido específico. Es simple el argumento ya que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre si, y en ausencia de este contenido los hombres tal como son no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin la cooperación voluntaria prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, será imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente.

Al considerar las simples verdades obvias y la conexión de estas con el derecho y la moral se observa que cada ejemplo aporta una razón para que la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deban incluir un contenido específico, es decir, el contenido de las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el fin de supervivencia de los hombres necesitan al asociarse ya que la ausencia de este contenido provocaría en los hombres la carencia de razones para obedecer voluntariamente cualquier regla y sin este mínimo de cooperación voluntaria sería imposible someterse a las mismas reglas y conservarlas, así como sería imposible coaccionar a los que las violasen voluntariamente.

Es importante subrayar la conexión distintiva racional que hay en este enfoque, entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, por que es posible e importante investigar formas totalmente distintas de conexión entre los hechos naturales y las reglas morales atribuidas.

A menos que se satisfagan ciertas condiciones físicas, económicos y psicológicas no puede establecerse ningún sistema jurídico o código moral y que únicamente pueden funcionar de forma satisfactoria aquellas normas jurídicas que se adecuan a cierto tipo, por lo que existe una conexión entre las condiciones naturales y los sistemas de reglas no constituidas por razones porque ellas no relacionan la existencia de ciertas reglas con los propósitos u objetivos concientes de quienes están regidos por la misma. Tales conexiones no se encuentran en conflicto con las conexiones que se apoyan en propósitos concientes, ellas pueden ser consideradas más importantes o más fundamentales que las últimas puesto que pueden explicar efectivamente porque los seres humanos tienen

esos objetivos consientes o propósitos que el derecho natural toma como punto de partida, tales explicaciones son establecidas por métodos de generalización y teorías basadas en la observación y en la experimentación. Por tanto dichas conexiones son un tipo diferente a aquellas que se relacionan al contenido de ciertas reglas jurídicas y morales con los hechos que se enuncian en las siguientes verdades obvias:

1. **“Vulnerabilidad humana.** Las exigencias comunes del derecho y la moral en su mayor parte consiste en abstenciones o prohibiciones, el ejemplo más claro para la vida social lo encontramos en la restricción en el uso de la violencia que se puede traducir en la regla de no matar en mayor extremo o en la prohibición de causar daños corporales. Esto obedece al hecho de que los hombres están dispuestos ocasionalmente a recurrir a ataques corporales, pero también son susceptibles a sufrirlos. Así si los hombres llegaran a perder la vulnerabilidad recíproca desaparecería la razón obvia para la prescripción de una característica del derecho y la moral, el no matar”.¹² La vulnerabilidad humana se traduce en:
2. **“Igualdad aproximada.** Esto se puede explicar ya que los hombres existentes en una sociedad tienen características físicas diferentes, fuerza, agilidad, capacidad intelectual, por lo que se hace necesario que en una sociedad ningún individuo pueda ser en tanto más poderoso que otros, ya sea porque

¹² Hart, el Concepto de Derecho, op.cit. p. 240

pueda sin cooperación dominarlos o sojuzgarlos aunque sea por un breve tiempo. Ya que esta posibilidad sólo se puede dar temporalmente. La igualdad aproximada se hace necesaria en un sistema de abstenciones y concesiones mutuas que están en la base de la obligación jurídica como la obligación moral. Es plenamente compatible con esto el hecho obvio de que cuando se establece un sistema de abstenciones siempre hay algunos que pretenden un mayor provecho viviendo bajo su amparo y violando sus restricciones haciendo por lo tanto necesarias el paso desde la forma meramente moral a una exigencia jurídica y organizada del control.”¹³

3. “**Altruismo limitado.** Las reglas básicas del derecho y la moral son necesarias y no deben ser identificadas con el punto de vista falso de que los hombres son predominantemente egoístas y de que no tienen intereses desinteresados en la supervivencia y bienestar de sus semejantes, pero tampoco podemos decir lo contrarios y el hecho de que se encuentren en el punto medio de un sistema de abstenciones mutuas se hace necesario y posible, es así que la realidad del altruismo del hombre es limitado en extensión e intermitente y las tendencias a la agresión tienden a establecerse con gran frecuencia siendo fatales en una sociedad si estas no se controlan”¹⁴.

¹³ Idem p.241

¹⁴ Idem p.242

4. **“Recursos limitados.** Esta verdad obvia se establece ya que los seres humanos necesitan alimentos, ropa resguardo y esas necesidades no pueden ser cubiertas en abundancia ilimitada ya que se encuentran escasas en la naturaleza o deben ser ganadas de ella o se dan como resultado del esfuerzo humano, de ahí que por si solas hacen necesaria alguna forma de institución de la propiedad y un tipo de regla que exija el respeto a ellas. La forma más clara y simple de la propiedad aparece en la regla que impide a la universalidad el acceso a la tierra, al uso, al disfrute y a la percepción de bienes extraídos de ella, otorgando dichas posibilidades exclusivamente al propietario de la tierra. Estableciendo así un conjunto de obligaciones que imponen y que no pueden ser modificadas por los individuos. Pero también en una sociedad se establece la necesidad de reglas dinámicas que habilitan a los individuos a crear obligaciones y a modificar su incidencia como puede ser las transferencias, el cambio o compraventa de productos creando así obligaciones necesarias en una sociedad. Mediante este recurso los individuos usan palabras habladas o escritas, pueden asumir la responsabilidad de sufrir censura o castigo si no actúan de cierta manera estipulada por lo que se necesita un procedimiento que regule tales operaciones auto obligantes para establecer una confianza mínima en la conducta futura de los hombres y asegurar la predicibilidad necesaria en la cooperación”.¹⁵

¹⁵ Idem pp. 242-0243

5. **“Comprensión y fuerza de voluntad limitadas.** Los hechos que hacen que las reglas referentes a las personas, a la propiedad y a las promesas sean necesarias en la vida social son simples y los beneficios mutuos que de esas reglas derivan son evidentes, la mayor parte de los hombres son capaces de advertirlos y de hacer el sacrificio de intereses inmediatos que la observancia de tales reglas exige obedeciendo por una variedad de motivos, pero no todos comparten igual la comprensión de los intereses a largo plazo ni la fuerza de voluntad o su bondad de la cual depende la eficacia de esos diferentes motivos establecidos para obedecerlas. Los hombres se sienten atraídos a preferir sus propios intereses inmediatos y si carecieran de una organización especial que descubre y que castigue la violación de dichas reglas estaríamos frente a un caos. Por lo que las sanciones se hacen necesarias no como causa normal para la obediencia sino como una garantía para aquellos que voluntariamente obedecen de no ser molestados por aquellos que no lo hacen. Si no hubiera tal organización el hecho de obedecer se traduciría en el riesgo a obtener la peor parte. Lo que la razón reclama es cooperación voluntaria de un sistema coercitivo”¹⁶.

Las simples verdades obvias que se han señalado revelan el buen sentir que hay en el derechos natural ya que son de vital

¹⁶ Idem p.244

importancia para la comprensión del derechos y la moral y explican porque la definición de las formas básicas de uno y otra, en términos puramente formales, sin referencia a ningún contenido específico o a las necesidades sociales ha resultado tan inadecuado.

Contenido Mínimo del Derecho Natural propuesto por Hart se debe entender como una cuestión técnica conceptual. Si el derecho quiere con sus objetivos ha de satisfacer ese contenido mínimo, es una condición necesaria para que el derecho alcance los objetivos de favorecer la supervivencia de las personas y la cooperación mutua que satisface ese contenido.

Así un conjunto de normas que permite indiscriminadamente la muerte de personas o que de ninguna manera regula el tráfico sexual o la distribución de bienes no podría ser denominado derecho de manera significativa. Dada la forma de los hechos naturales y de los propósitos humanos se establecen las relaciones posibles y necesarias en un sistema nacional, ya que se trata de una necesidad natural, y también se necesita para establecer las formas mínimas de protección a las personas, la propiedad, y a las promesas que son características similarmente indispensables del derecho nacional. Así que el derecho puede tener cualquier contenido.

Por otra parte necesitamos distinguir el lugar que deben ocupar las sanciones dentro de un sistema nacional para que este sirva a los propósitos mínimos de seres constituidos como lo están los hombres. Dado el engarce de hechos naturales y de propósitos humanos que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una necesidad natural y algunas frases de este tipo se necesitan

también para expresar el status de las formas mínimas de protección a las personas a la propiedad y a las promesas que son características similarmente indispensables del derecho nacional. Para descripción adecuada del derecho y de otras instituciones sociales es necesario reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados: aquellos cuya verdad depende de los seres humanos y el mundo en que viven conserve las características salientes que hoy tiene.

Hart en su obra *Post Scriptum* reafirma su postura de la independencia entre moral y derecho al establecer que “aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; encontramos disposiciones perversas que pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación del derecho y la moral es que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto. ...es falso que enunciados de derecho y obligaciones jurídicas puedan tener sentido en el mundo real únicamente si hay algún fundamento moral para afirmar su existencia”¹⁷.

Con respecto a la pretensión de un sistema jurídico lógicamente cerrado, piensa Hart que la acusación que se hace al positivismo de formalista es infundada. Al menos no es aplicable ni a Bentham ni a Austin, quienes aceptaban el carácter polisémico del lenguaje, su vaguedad o "textura abierta". "La concepción formalista de la

¹⁷ Hart *Post Scriptum* pp 49-50

decisión judicial, piensa Hart, corresponde más bien a filósofos iusnaturalistas que partiendo de Montesquieu, terminan en la 'ficción infantil' de Blackstone de que los jueces sólo 'declaran' y nunca 'crean' derecho". Esta es la misma crítica que los realistas americanos dirigieron a los formalistas arribando a la conclusión de que la interpretación judicial de casos controvertidos implica una conexión necesaria entre derecho y moral. Piensa Hart que esta conclusión no se sigue. El hecho de que el juez decida pensando en cierto tipo de propósitos sociales o morales no implica la negación de la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Si se unieran habría que aceptar la identificación de la decisión racional del juez con la decisión justificada moralmente. Hart rechaza esta identificación. Para él el "debe" implica solamente la existencia de un patrón que puede ser moral, pero también social o político, o incluso inmoral: bajo un régimen de dictadura, por ejemplo, las decisiones judiciales pueden estar orientadas a preservar con efectividad la tiranía del Estado. No basta invocar los errores del formalismo para demostrar la falsedad de la tesis que distingue entre el derecho que socialmente es y el derecho que moralmente debiera ser.¹⁸

A modo de conclusión, para Hart el derecho ha de satisfacer un contenido mínimo, esta es una condición necesaria para que el derecho alcance los objetivos de favorecer la supervivencia de las personas y la cooperación mutua que satisface ese contenido.

¹⁸ Vázquez Rodolfo, Derecho y moral en Hart, Revista Alegatos, No.52, UAM, Azcapotzalco, México. 2002 pp 14-20.

No existe vinculación entre derecho y moral, ya que no se cuenta con una correlación directa entre la obligación jurídica interpuestas por la parte oficial con las creencias morales y la creencia en el deber moral de obediencia de estos mandatos por parte de los ciudadanos. Existen diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, pero no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral. Sin embargo su planteamiento es más matizado que el del normativismo kelseniano. Ello se debe al mayor realismo de Hart. Existe una cierta influencia de la Moral sobre el Derecho.

El Derecho de todo Estado moderno muestra constantemente la influencia, tanto de la Moral social aceptada, como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran a través de la legislación y también, aunque de modo más pausado, a través del proceso judicial. Pero no es necesario que sea así y, de hecho, han existido y continúan existiendo sistemas jurídicos que han perdurado durante mucho tiempo aun transgrediendo valores morales importantes¹⁹.

También es cierto que todo sistema jurídico posee la denomina “la moral interna del Derecho”²⁰, es decir, la moral que se

¹⁹ Hart, H. L. A.: *Legal Duty and obligation*, en “Essays on Bentham. Juris- prudence and Political Theory”, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 150-153.

²⁰ Idem.

corresponde con un sistema de reglas generales que se hacen conocer públicamente y son aplicadas judicialmente, e introducen por lo menos el germen de la justicia. Es la perspectiva de la seguridad jurídica en relación con el Derecho, considerado desde el punto de vista interno o seguridad frente a arbitrariedad, y que significa la existencia de diversos mecanismos y técnicas como principios de organización, de interpretación o derechos que operan en el Ordenamiento para asegurar su creación, interpretación y aplicación. Son normas sobre el nacimiento o derogación de otras, normas de producción positiva o negativa o que garantizan una interpretación previsible que aumente o disminuya la inseguridad de una interpretación judicial discrecional o que garantizan la eficacia de derechos o protegen situaciones e intereses de las relaciones entre particulares. Pero a un orden jurídico le es permitido servir a un fin perverso cuando sus normas son claras, generales e irretroactivas. En este sentido se puede conceder que existe una conexión entre el Derecho y la Moral. Hart no se desentiende de las conexiones del Derecho con la Moral pero “afortunadamente es compatible con una enorme iniquidad”.²¹

Bibliografía

Dworkin, Ronald, “The model of rules I”, en *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Estados Unidos, 1977.

Hart, H. L. A, *Post scriptum al concepto del derecho*, (traducción Rolabdo Tamayo y Salmorán) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, México, 2000.

²¹ Fuentes Planas. Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 8. 2007 pp.131-186 .

- ✓ - - Legal Duty and obligation, en "Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory", Clarendon Press, Oxford, 1982.
- ✓ - - El Concepto del Derecho, Tr. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Avelado Perrot, Editora Nacional, México, 1978.

Fuentes Planas, Cristina. Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart Anuario de Derechos Humanos. Universidad Complutense, Nueva Época. Vol. 8. Madrid, 2007.

Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, 2a Edición, Universidad Autónoma de México, México, 1982. □

Larrañaga Pablo. El concepto de responsabilidad en la teoría contemporánea del derecho. Fontamara, México, 2000.

Rosas Amandi, Víctor Manuel. El Concepto de Derecho de Ronald Dworkin. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, No. 246, México, 2006.

Ramos Pascua, José Antonio, La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L.A. Hart, Tecnos, Madrid, España, 1989.

Raz, Joseph, Practical reasons and norms, Princeton University Press, Princeton, Estados Unidos, 1990.

Ross, Alf, On law and justice, University of California Press, Berkeley, Estados Unidos, 1999

Vázquez Rodolfo, Derecho y moral en Hart, Revista Alegatos, No.52 UAM, Azcapotzalco, México, 2002.

